



Sra. Salgueiro Cortiñas, Presidenta

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero

Sr. Quijano González, Consejero y
Ponente

Sr. Madrid López, Consejero

Sra. García Fonseca, Secretaria
en sustitución

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Valladolid el día 2 de junio de 2005, ha examinado el *expediente relativo a la resolución del contrato de obras suscrito por el Ayuntamiento de xxxxxx con la empresa constructora zzzzzz*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 23 de febrero de 2005 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente relativo a la resolución del contrato de obras suscrito por el Ayuntamiento de xxxxxx con la empresa constructora zzzzzzzz*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 14 de marzo de 2005, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 261/2005, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por la Sra. Presidenta del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Quijano González.

Primero.- El 25 de junio de 2004 se firma contrato de obras entre el Ayuntamiento de xxxxxx y zzzzzz para la construcción del "Pabellón Polideportivo cubierto en xxxxxx", fijándose el precio en 714.000 euros.



Se estipula expresamente que “el contratista, aparte de realizar la obra de conformidad a lo estipulado en el correspondiente Proyecto, ejecutará obras a mayores por importe de 42.840 euros, aplicando a los precios de Proyecto, el porcentaje de baja del concurso”.

Segundo.- El 16 de noviembre de 2004 el director técnico de zzzzzz presenta ante el Ayuntamiento un escrito señalando lo siguiente:

“En virtud del Contrato firmado entre el Ayuntamiento de xxxxxx y la Empresa zzzzzzz para la realización de ‘Pabellón Polideportivo Cubierto’ en xxxxxx, de fecha 21 de junio de 2004 y después de los intentos de negociación con la dirección Facultativa y el Ayuntamiento debido a desviaciones presupuestarias por culpa de indefiniciones en el Proyecto, errores en el Presupuesto, etc., nos vemos obligados a la rescisión del Contrato unilateralmente por nuestra parte al no conseguir un acuerdo satisfactorio para la Dirección Facultativa y el Ayuntamiento.

»La rescisión unilateral del Contrato está avalada por el artículo 149 d) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio que aprueba la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, según el cual es causa de resolución del contrato de obra ‘los errores materiales que pueda contener el proyecto o presupuesto elaborado por la Administración que afecten al presupuesto de la obra en más de un veinte por ciento (20%)’.

»Parte de estos errores materiales del Presupuesto están desglosados en el Documento que se adjunta a la presente Instancia y avalan nuestra postura descrita en el párrafo anterior, sin entrar en las valoraciones técnicas de las indefiniciones de Proyecto, que superarían, aún más, ese 20% establecido por la Ley”.

Se adjunta una relación valorada de precios contradictorios y excesos de medición, indicándose que no está exenta de que aparezcan más en el transcurso de la obra y que no se ha entrado a valorar las indefiniciones y errores de proyecto. La diferencia de precio se indica con la cifra de 16.804.186,38.

Tercero.- Con la misma fecha figura en el expediente un informe del arquitecto técnico director de ejecución de la obra, en los siguientes términos:



"1.- Que el acta de inicio de obra y comprobación de replanteo fue firmado el día 30 de julio de 2004, por D. pppppppp como representante de zzzzzzz, empresa adjudicataria de la obra, D. yyyyyyy representando al Ayuntamiento de xxxxxx, D. mmmmmm, Arquitecto Director de Obra y por este redactor como Director de Ejecución.

»2.- Que el día 2 de agosto de 2004 se emitió informe favorable por este redactor, como Coordinador de Seguridad y Salud durante la ejecución, del Plan de Seguridad y Salud presentado por zzzzzzz, como paso previo al comienzo de los trabajos.

»3.- Que hasta el día de la fecha no se ha realizado ninguna actividad de producción certificable.

»4.- Que en el solar se encuentran desde hace meses las casetas de obra de oficinas, vestuarios y aseos de personal, adecuados para la realización de dichas obras.

»5.- Que de acuerdo con la información recibida, el plazo de ejecución fijado en contrato es de siete meses.

»6.- Que debido al tiempo transcurrido sin desarrollar ninguna actividad productiva certificable, este redactor, como Director de Ejecución, estima que es totalmente imposible realizar la obra dentro del plazo establecido".

Cuarto.- Con fecha 29 de noviembre de 2004, consta en el expediente un nuevo informe del citado arquitecto técnico director de ejecución, que indica lo siguiente:

"1.- Que la empresa contratista zzzzzzzz ha presentado al Ayuntamiento de xxxxxx una relación valorada de precios del Pabellón Polideportivo con diferencias de medición y precios contradictorios, que, según su criterio, habría que realizar.

»2.- Que el desarrollo de este documento, arroja un resultado con una desviación por encima del 3200%, superior a cualquier criterio de valoración adecuado.



»3.- Que a petición del Ayuntamiento de xxxxxx, se ha analizado el contenido de dicho documento para determinar si las distintas partidas y su valoración habían sido correctamente estudiadas.

»4.- Que para proceder a este análisis se han anulado las partidas erróneas en su contenido y algunas de las que estaban incluidas como precios contradictorios por no considerarse necesarias.

»5.- Que se han modificado los precios de varias partidas presentadas como contradictorias para adaptarlas a los precios de materiales del proyecto.

»6.- Que partiendo de la relación valorada presentada por zzzzzz, después de aplicar los criterios descritos en los puntos anteriores, y suponiendo que los precios contradictorios propuestos fueran aprobados por la Dirección Facultativa y la Propiedad, el resultado del análisis arroja un incremento del 8.20% sobre el presupuesto de proyecto”.

Quinto.- El 2 de diciembre de 2004 el Alcalde del Ayuntamiento de xxxxxx, con base en el señalado informe de 29 de diciembre de 2004, resuelve:

“No aceptar la resolución unilateral del contrato suscrito, planteada por la Empresa zzzzzzzz para la realización de la obra `Pabellón Polideportivo Cubierto´ en xxxxxx, toda vez que no existen errores materiales en el proyecto que afecten al presupuesto de la obra en más de un veinte por ciento”.

Sexto.- El 2 de diciembre de 2004 el Alcalde del Ayuntamiento de xxxxxx, a la vista de los informes técnicos de 16 y 29 de noviembre de 2004 y de los escritos de zzzzzzzz, de los que deduce el ánimo de ésta de incumplir injustificadamente el contrato, y dada la imposibilidad física de realizarlo en plazo, resuelve:

“Iniciar expediente administrativo de resolución de contrato, por causa imputable al contratista, en base a la demora en el cumplimiento de los plazos estipulados, según determina el artículo 111 e) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que llevará aparejada la incautación de la



fianza presentada por la Empresa zzzzzz, en garantía de la correcta ejecución del contrato”.

Séptimo.- Mediante escritos de 3 y 22 de diciembre de 2004 del Alcalde del Ayuntamiento de xxxxxx se concede trámite de audiencia respectivamente a zzzzzz y a Seguros ssssssss, avalista de la primera.

Por escrito de 21 de diciembre del mismo Alcalde se comunica a la Diputación Provincial de xxxxxx el inicio del expediente de resolución, al estar la obra incluida en los Planes Provinciales de Cooperación de 2004.

Octavo.- El 16 de diciembre de 2004 Dña. rrrrrrr, autorizada por el administrador único de zzzzzz, recibe, en el Ayuntamiento de xxxxxx, la documentación referente al expediente de resolución.

Noveno.- El 23 de diciembre de 2004 zzzzzz presenta recurso de reposición contra la Resolución del Alcalde de 2 de diciembre de 2004, en la que se decidió no aceptar la resolución unilateral del contrato planteada por aquélla, volviendo a pedir la misma. Respecto al informe técnico en que se basa la Resolución recurrida dice así:

“(…) carece de un rigor pormenorizado que contradiga el aportado por esta parte, pues solo concluye en el resultado final de un incremento del 8,20% sobre el presupuesto del proyecto, sin que se especifique o contradiga partida por partida el aportado por esta parte. A lo que debemos añadir que tampoco se hace mención ni estudio a las valoraciones técnicas de las indefiniciones de Proyecto. Por lo que dicho informe del Técnico Municipal no desvirtúa el aportado por esta parte, lo que da lugar a que estemos, por estar acreditado, en la presencia de la causa de resolución establecida en el artículo 149.d) de la precitada Ley al superar en más del 20%”.

Décimo.- Con fecha 18 de enero de 2005, figura en el expediente informe del arquitecto técnico director de ejecución, que repite el contenido del de 29 de noviembre de 2004, añadiendo que se adjunta “el cuadro comparativo justificativo del resultado indicado en el punto anterior”. Se acompaña un cuadro con ciertas anulaciones y precios adaptados, que indica una diferencia de 42.420,60 que sobre el Precio E.M. de Proyecto (517.241,38), supone un porcentaje sobre P.E.M. de 8,20%.



Undécimo.- El 20 de enero de 2005 la Alcaldía del Ayuntamiento de xxxxxx resuelve:

“1º. No acceder a la petición realizada en su recurso de reposición por Don bbbbbbbb, en representación de la mercantil zzzzzz y, por tanto no aceptar la resolución unilateral del contrato suscrito, planteada por la Empresa zzzzzzzz, para la realización de la obra ‘Pabellón Deportivo Cubierto’ en xxxxxx, toda vez que no existen errores materiales en el proyecto, que afecten al presupuesto de la obra en más de un veinte por ciento.

»2º. Dar formal cuenta del presente Decreto al interesado, adjuntándole para su conocimiento el informe emitido por Don ddddddd, en fecha 18 de enero de 2005, y haciéndole saber los recursos procedentes contra el mismo”.

Duodécimo.- El 20 de enero de 2005 el Secretario del Ayuntamiento de xxxxxx, en el expediente de resolución del contrato suscrito con zzzzzzz y en relación con el trámite de audiencia, certifica:

“Que no existe constancia de que en el indicado plazo de audiencia se haya formulado oposición expresa al expediente iniciado, tanto por parte de la Empresa zzzzzzz, como por la aseguradora Seguros ssssss; no obstante lo anterior, obra en las oficinas de mi cargo expediente paralelo por el que la Empresa contratista solicita, en fecha 16 de noviembre de 2004, rescisión unilateral del contrato, en base al artículo 149 d) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, solicitud rechazada por Decreto de la Alcaldía de 2005, al resolver el recurso de reposición presentado por la contratista en fecha 23 de diciembre de 2004”.

Decimotercero.- El 21 de enero de 2005 tiene entrada en el registro del Consejo Consultivo de Castilla y León escrito del Alcalde del Ayuntamiento de xxxxxx, señalando respecto a la Resolución iniciada por demora injustificada lo siguiente:

“Al objeto de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 109.1 a) del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se ha concedido audiencia, por un plazo de diez días naturales a la Empresa



zzzzzzz, en su calidad de contratista de la obra de referencia, sin que conste en el expediente que se haya formulado oposición expresa al mismo.

»No obstante lo anterior, como quiera que se tramita expediente administrativo paralelo, en el cual la Empresa contratista solicita rescisión unilateral del contrato en base a lo dispuesto en el artículo 149 d) del Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio, esta Alcaldía, en aras de la seguridad jurídica, entiende que debe solicitar dictamen de ese Consejo, según determina el apartado c) del artículo 109.1 del Real Decreto 1098/2001, para que sea ese propio Consejo quien determine su necesidad y, en caso afirmativo, proceda a su emisión”.

El 25 de enero de 2005, por Acuerdo de la Presidenta del Consejo Consultivo de Castilla y León se decide no admitir a trámite la consulta, devolviéndose para que se remita a través de la Consejería de Presidencia y Administración Territorial.

Decimocuarto.- El 23 de febrero de 2005 tiene entrada de nuevo en el Consejo Consultivo de Castilla y León la consulta señalada, que es admitida a trámite el 14 de marzo de 2005.

Decimoquinto.- Comprobada la falta de documentación relativa a la propuesta de resolución, contrato y proyecto, acreditación fehaciente de la audiencia a Seguros ssssss, y de la notificación a zzzzzz del Decreto de Alcaldía de 20 de enero de 2005, desestimatorio del recurso de reposición, se suspendió la tramitación por la Presidencia del Consejo con fecha 15 de abril de 2005, reanudándose el plazo para la emisión de dictamen, una vez que por el Ayuntamiento se completó el expediente con la documentación requerida.

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente, con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.h), 3º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Primera emitir el dictamen según lo establecido en el punto 4º, regla A), apartado e), del



Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno del Consejo, por el que se determina el número, orden, composición y competencias de las Secciones.

Cabe advertir aquí que conforme al artículo 59.3.a) del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, es preceptivo la intervención del Consejo de Estado u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, en los supuestos de resolución de contratos administrativos, "cuando se formule oposición por parte del contratista". En el caso que nos ocupa, aunque no consta que zzzzzz se haya opuesto de forma expresa y directa a la resolución iniciada por el Ayuntamiento de xxxxxx, cabe deducir su oposición de la postura adoptada del expediente paralelo referente a la resolución unilateral iniciada por dicha empresa, en el que mantuvo su postura interponiendo recurso de reposición el 23 de diciembre de 2004 frente a la Resolución del Alcalde del Ayuntamiento de xxxxxx de 2 de diciembre de 2004, que no aceptaba lo propuesto por la contratante.

2ª.- La normativa aplicable, tal y como se recoge en el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato, viene determinada fundamentalmente, además de por dicho pliego, por el señalado texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, conforme dispone el artículo 59 del citado texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En cuanto al procedimiento administrativo seguido para la instrucción del expediente hay que señalar que se ha cumplido con los requisitos fijados en el artículo 109.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, dando audiencia tanto al contratista como al avalista, y cumpliéndose con el previsto en el apartado d) con el presente dictamen.

3ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre el expediente iniciado por el Ayuntamiento contratante para acordar la resolución del contrato, cuyo



objeto consiste en la ejecución de las obras de construcción del “Pabellón Polideportivo de xxxxxx”, adjudicado a la empresa zzzzzz, que se opone a tal actuación.

La Administración contratante fundamenta la resolución del contrato en el incumplimiento del contrato de obras formalizado el 25 de junio de 2004, alegando la demora en la realización de las obras, el ánimo de incumplir injustificadamente por parte de la empresa y la imposibilidad física de llevar a cabo aquéllas en el plazo estipulado, todo ello siendo imputable al contratista. Se trata, en definitiva, de una demora en el cumplimiento del plazo pactado.

La demora en el cumplimiento del plazo total es causa de resolución de los contratos administrativos y está prevista en los artículos 95.3, 96.1 y 111.e) de la referida Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. A mayor abundamiento, se contempla en el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato que nos ocupa (cláusula 18ª).

Debe advertirse, antes de continuar, que la empresa contratista ha invocado también –escrito presentado el 16 de noviembre de 2004– causa de resolución del contrato, la prevista en el artículo 149.d) de la repetida Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, esto es, “los errores materiales que pueda contener el proyecto o presupuesto elaborado por la Administración que afecten al presupuesto de la obra, al menos, en un veinte por ciento”. Se podría plantear el problema de cuál de las dos causas de resolución tendría prioridad respecto a la otra. En este sentido es conocido el reiterado criterio del Consejo de Estado, según el cual, en caso de concurrencia de varias causas de resolución de un contrato administrativo, debe aplicarse de manera preferente la que se hubiere producido antes desde un punto de vista cronológico (Dictamen nº 3437/1999, de 10 de febrero de 2000, entre otros muchos). Utilizado este criterio en el presente supuesto, resultaría aplicable la causa de resolución de demora por incumplimiento, pues la alegada por zzzzzz, a la vista de la documentación que obra en el expediente, no puede considerarse probada totalmente, luego es, en principio, inexistente, y por tanto en ningún caso anterior cronológicamente a aquélla.

Aclarado esto, cabe recordar que los requisitos para que se dé la causa de resolución invocada por el Ayuntamiento son:



- 1) Que el plazo total de ejecución haya terminado.
- 2) Que la obra no esté finalizada.
- 3) Que el contratista haya incurrido en la demora por causas imputables a él.

Respecto del primer requisito, hay que señalar que el plazo de ejecución de las obras era de siete meses, tal y como resulta del propio contrato, estipulación sexta. El acta de comprobación de replanteo –no consta ésta en el expediente, pero se refiere a ella el informe de 16 de noviembre de 2004– se levantó el 30 de julio de 2004, por lo que ya en la fecha en que se inició por el Ayuntamiento el expediente de resolución –2 de diciembre de 2004– era clara la imposibilidad de cumplir el señalado plazo total, pues las obras no habían comenzado. En todo caso, al día de hoy, es también evidente que la obra no se ha realizado, habiéndose superado en varios meses la fecha fijada para la entrega de las obras.

Por todo lo expuesto cabe concluir que el plazo total de ejecución ha terminado, cumpliéndose el primer requisito.

El cumplimiento del segundo requisito, que la obra no esté finalizada, es así mismo manifiesto, pues ni siquiera llegó a comenzarse.

En cuanto al tercer requisito, que el contratista haya incurrido en demora por causas imputables al mismo (artículo 95.3 de la Ley de Contratos de la Administración Pública), cabe tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- La culpa de la empresa puede apreciarse partiendo de la consideración inicial de que la obra no se ha ejecutado, siendo de cuenta de aquella demostrar que este incumplimiento se debe a causas ajenas a ella misma. Es cierto que, en una gran medida, como se expondrá a continuación, queda demostrado que la empresa podía tener importantes razones para exigir, de alguna forma, la subsanación de determinados errores de cálculo del proyecto del contrato. Pero no es menos cierto que estos defectos del proyecto pudieron, en principio ser conocidos por la empresa contratante a lo largo del procedimiento de adjudicación (especialmente los atinentes a mediciones y precios), pudiendo haberlos evitado no concurriendo al mismo y no firmando el



contrato. En definitiva, la empresa contratista pudo razonablemente detectar tales defectos en el procedimiento de adjudicación, máxime tratándose de errores que la empresa contratante denuncia posteriormente sin que las obras hayan comenzado (es decir, que no eran ocultos, no eran vicios que sólo pudiera revelar el curso de la ejecución de obras). Es cierto, en cualquier caso, que también la Administración tuvo su parte de culpa, permitiendo que se formara un proyecto con errores de cálculo. Hasta aquí cabe decir que existe una compensación de culpas, por parte de la empresa contratante y de la Administración. La cuestión radica en si posteriormente el incumplimiento de la empresa encuentra justificación clara en esos defectos del proyecto.

- La existencia de errores de cálculo en el proyecto puede darse por probada en una determinada proporción; no en más de un 20% del presupuesto como alega la empresa, pero sí en una cifra que al menos sería del 8,20%. No cabe dar por probados errores de cálculo en el presupuesto del proyecto en más de un 20%, pues la relación valorada que presenta la empresa es contradicha por el informe –y cuadro que adjunta– de 18 de enero de 2005 del arquitecto técnico director de ejecución, que explica que el resultado del análisis ofrece un incremento del 8,20% sobre el presupuesto de proyecto, “suponiendo que los precios contradictorios propuestos fueran aprobados por la Dirección Facultativa y la Propiedad”. A la vista de la valoración de zzzzzz, y del informe comentado, puede considerarse, en consecuencia, que presumiblemente el proyecto adolecía de errores de cálculo en un considerable porcentaje, sin llegar en todo caso al 20%. No empece a esta conclusión el hecho de que el repetido informe condicione, hasta cierto punto, el resultado del análisis a la aprobación de precios contradictorios por la Dirección Facultativa y la Propiedad, pues esta duda podría haber sido despejada por la Administración, que al no hacerlo ha de pasar por el contenido del informe, en la medida en que pudiendo haberlo desvirtuado no lo hizo.

- Cabe resaltar, además, que la actuación de la empresa posterior a la firma del contrato no prueba o demuestra que el contrato no pudiera, a pesar de todo, ejecutarse. Esto es así si se tiene en cuenta que el escrito de resolución unilateral del contrato, presentado el 16 de noviembre de 2004, revela que la empresa mantuvo negociaciones con la Dirección Facultativa y el Ayuntamiento; al no concretarse en qué consistieron los intentos de negociación, no cabe deducir que en los mismos la empresa planteara que los



errores eran insubsanables de todo punto y que, en cualquier caso, el contrato fuera material o legalmente de imposible ejecución.

- La única actuación por escrito que realiza la empresa consiste en intentar que prospere una resolución del contrato por el motivo previsto en el artículo 149.d) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (errores materiales del proyecto o presupuesto superiores al 20% del presupuesto). Al respecto, ya se ha explicado que esta causa de resolución no está plenamente probada, dado el contenido del informe contradictorio, de 18 de enero de 2005, que si bien no es claro en algunos aspectos –como se explicará–, en todo caso, no ha sido rebatido por la contrata, teniendo en cuenta que en él se basa la postura del Ayuntamiento. Si la única causa de resolución invocada formalmente por la empresa es ésta, y no queda demostrada su viabilidad conforme a las exigencias del principio del artículo 149.d), por no probarse con la necesaria claridad errores materiales que supongan más de un 20% de desviación presupuestaria, parece difícil justificar el incumplimiento del contrato por la existencia de esos errores en cuantía inferior a dicho porcentaje, pues si la ley no permite en este caso la resolución, se entiende que el contrato ha de ejecutarse (en este sentido, Dictamen nº 2864/2002, de 21 de noviembre, del Consejo de Estado).

- Respecto a la falta de prueba de la causa de resolución invocada por la empresa, cabe precisar que el informe de 18 de enero de 2005 señala que “el resultado del análisis arroja un incremento del 8,20% sobre el presupuesto de proyecto”. Cabe al respecto la duda de en qué medida numerosos excesos de medición que alega la empresa en su valoración están o no incluidos en los cálculos del informante, pues en el cuadro se refiere sólo a ciertas partidas, no incluyéndose la mayoría de los excesos de medición (aunque tal vez el cuerpo del informe los excluya; mas no es en esto nada claro, pues en sus puntos no se refiere con precisión a todos esos excesos de medición). En cualquier caso, aun en el supuesto de que no se hubiera referido el citado informe a esos excesos de medición, lo cierto es que la Administración se basa en el mismo para rechazar la resolución invocada por la empresa por errores materiales con repercusión en más de un 20% del presupuesto. Además, este informe se adjuntó a la desestimación del recurso de reposición, notificado correctamente a la empresa, y no constan en el expediente escritos contradiciéndolo. Es cierto que la notificación remite propiamente al recurso contencioso administrativo, pero no es menos cierto que sabedora la empresa



de la existencia de un procedimiento en curso, de resolución por incumplimiento, podía perfectamente haber presentado ante el Ayuntamiento escritos defendiendo nuevamente su postura, en la medida en que, aun habiendo transcurrido los diez días que se le concedieron para alegaciones, lo cierto es que la Administración todavía no había decidido sobre la resolución por incumplimiento.

Por otro lado, la falta de una prueba clara de la empresa respecto a posibles obstáculos, materiales o legales, para llevar a cabo el trabajo (no sólo los excesos de mediciones, sino necesidad de modificación por nuevas unidades de obra, etc.), se ve reforzada por el dato de que la relación valorada que presenta da lugar, según el informe contradictorio de 18 de enero de 2005, a una desviación del 3.200% –la cifra de diferencia que ofrece la empresa es 16.804.186,38–; tal desmesurado cálculo hace dudar en buena medida del rigor de las valoraciones de la empresa.

- Debe también llamarse la atención, en orden a la consideración de que no han quedado probados obstáculos verdaderamente relevantes en cuanto a la imposibilidad de ejecutar el contrato, que según la estipulación segunda de éste “el contratista, aparte de realizar la obra de conformidad a lo estipulado en el correspondiente Proyecto, ejecutará obras a mayores por importe de 42.840,00 euros, aplicando a los precios de Proyecto, el porcentaje de baja del concurso”. Ha de valorarse, pues, que posiblemente una importante parte de las obras que, en su caso, hubieran debido realizarse a mayores por errores de cálculo del proyecto, podrían, en principio, afrontarse teniendo en cuenta esta cláusula.

- Por último, ha de pesar también en el juicio de la culpabilidad de la empresa que ésta, salvo el escrito referente a su proposición de resolución unilateral y el escrito formalizando recurso de reposición contra la denegación de ésta, no ha presentado propiamente alegaciones respecto a la resolución por incumplimiento iniciada por el Ayuntamiento. Como ya explicamos, aquellos escritos bastan para considerar que se opone a esta última resolución, pero respecto a ésta se echa en falta una defensa más rotunda y consistente de sus posiciones. Esta cierta pasividad merma, en consecuencia, la posibilidad de no considerar culpable su incumplimiento.



Por ello el Consejo Consultivo, a la luz de la documentación remitida, entiende que la causa de resolución, la demora en el cumplimiento del plazo total de ejecución, sí es imputable a la empresa contratista.

4ª.- Por lo que se refiere a la entidad del incumplimiento en el presente caso, y en el contexto de la relación jurídica contractual que se examina, es evidente que el presente expediente puede ser calificado de incumplimiento grave del contratista.

Respecto a esta causa resolutoria existe una reiterada doctrina jurisprudencial (entre todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1999) y del Consejo de Estado, en el sentido de que no basta cualquier incumplimiento contractual para que se produzca el efecto resolutorio, sino que ha de traducirse en una valoración del incumplimiento grave y de naturaleza sustancial del contrato, al ser la resolución la consecuencia más grave que puede derivarse de esta circunstancia.

Asimismo, tal y como ha mantenido el Tribunal Supremo en Sentencia de 14 de diciembre de 2001, la resolución por incumplimiento del contrato ha de limitarse a los supuestos en que sea patente “una voluntad rebelde a su cumplimiento, sin bastar el simple retraso, al requerirse una pasividad dolosa, culposa o negligente imputable al contratista, como ha venido exigiendo la jurisprudencia de esta Sala a tales efectos”.

En el presente caso, de la mera apreciación de los hechos, dado que la obra no se ha realizado, se observa que no estamos ante un “simple retraso” del contratista, sino ante un incumplimiento imputable al contratista por su pasividad culposa o negligente.

5ª.- En resumen, puede apreciarse un incumplimiento de la empresa contratista de tal entidad que procede la resolución del contrato, y la incautación de la garantía luego constituida, sin perjuicio de la indemnización de los daños y perjuicios que hayan podido seguirse para la Administración contratante por la actuación de la contrata, en lo que exceda de dicha garantía, de conformidad con el artículo 113.4 del texto refundido de la citada Ley.

Dicho artículo se ha de poner en relación con lo dispuesto en el artículo 113 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones



Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que dispone que “en los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, la determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar éste se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia del mismo, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración”.

III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede resolver, por incumplimiento del contratista, el contrato administrativo de obras suscrito por el Ayuntamiento de xxxxxx con la empresa constructora zzzzzzz.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.